



Revue européenne des sciences sociales

European Journal of Social Sciences

XLIV-133 | 2006

Devant la loi

Argumentation et révision dans l'espace juridique

Pierre Livet



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/468>

DOI : 10.4000/ress.468

ISSN : 1663-4446

Éditeur

Librairie Droz

Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2006

Pagination : 109-130

ISBN : 2-600-00959-0

ISSN : 0048-8046

Référence électronique

Pierre Livet, « Argumentation et révision dans l'espace juridique », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLIV-133 | 2006, mis en ligne le 10 novembre 2009, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ress/468> ; DOI : 10.4000/ress.468

Pierre LIVET

ARGUMENTATION ET RÉVISION DANS L'ESPACE JURIDIQUE

1. LA PLACE DE L'ARGUMENTATION DANS L'ESPACE JURIDIQUE

Deux positions s'affrontent dans le recueil *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales* (Les Presses de l'Université Laval, 2000), celle de Marie-Anne Frison-Roche (*Le droit perpétuelle rhétorique*, pp. 135-143), observant que le droit devient de plus en plus révisable, et celle d'Otto Pfersmann (*Arguments ontologiques et argumentation juridique*, pp.104-133), pour qui ces révisions sont externes au système hiérarchisé de normes que constitue le droit. Or si l'on différencie l'argumentation de la démonstration, la seconde n'admettant pas que ses conclusions soient remises en cause par de nouvelles informations, la première l'acceptant, la position de Frison Roche revient à admettre la place prépondérante de l'argumentation dans l'espace juridique, alors que celle de Pfersmann ne lui réserve qu'un rôle ancillaire de découverte du contenu exact de la norme et de ses conditions d'application. L'argumentation est pour Pfersmann un adjuvant dans notre tâche épistémique de découverte de l'être des normes; pour Frison-Roche, c'est le moteur du droit. Mais elle ajoute que le droit devient le refuge de la bonne argumentation contre la mauvaise, celle des sophismes des discours politiques.

1.1. L'ouverture du droit

Il est cependant logiquement possible que les deux aient raison (voire tort!). En effet la stratégie de Pfersmann consiste à n'admettre comme norme juridique que les normes instituées de manière explicitement juridique et validée institutionnellement. Les justifications socio-politico-morales du choix de ces normes sont donc forcément hors jeu, puisqu'une fois la norme validée, le raisonnement juridique reste interne aux relations entre les normes du système, et ne peut recourir à des principes ou justifications qui n'ont pas subi la transmutation en normes juridiques. Il est évident par ailleurs, et Pfersmann reconnaît ce fait, que les avocats, et même parfois les juges, font référence à des justifications et des principes qui ne sont pas de nature juridique. Faudrait-il donc soutenir que Pfersmann et Frison-Roche ont tort tous les deux, le premier parce que sa théorie du droit ne rend compte que de la part de la pratique juridique qui concerne l'institutionnalisation des normes juridiques, leur édicition et leur hiérarchisation, et ne rend donc pas compte de toute la pratique juridique, la seconde parce que son compte-rendu de la pratique juridique ne concerne que cette partie dont Pfersmann pense que le théoricien du droit n'a pas à rendre compte, à savoir le développement d'ar-

guments qui ne se réfèrent pas forcément à des normes juridiques en tant que telles, si bien que ce compte rendu ne peut prétendre à une validité normative qui ressorte encore du domaine juridique ? Ou bien, ce qui est plus plausible, faut-il admettre que le système des normes juridiques exige une validation explicite institutionnelle, mais que sa mise en jeu met en relation les normes juridiques via des justifications qui ne sont pas toujours d'origine juridique, mais qui sont cependant pertinentes pour s'orienter vers telle ou telle norme juridique plutôt qu'une autre, si bien que tous les deux auraient raison. Le débat se réduira alors à la question de savoir si ces justifications d'origine extérieure peuvent en tant que telles être valides dans le domaine juridique, si le droit est ouvert sur une argumentation qui le dépasse, ou bien si c'est seulement une fois rattachées à des normes juridiques qu'elles trouvent une validité. Un tel débat est vite tranché : l'ouverture du droit sur l'argumentation ne peut pas être externe, sinon les normes du droit devraient pour être valides recourir à un supplément de justification qui leur serait extérieur, mais elle ne peut être qu'interne, car les liens de justification qui vont relier telle norme juridique à telle autre non seulement *peuvent ne pas* être déterminées d'avance par l'ensemble des normes du droit, mais de plus *ne peuvent pas* être ainsi déterminées, le droit ne pouvant tout déterminer d'avance. On peut seulement déterminer d'avance que si une telle justification interne a lieu, elle ne trouvera sa validité juridique que dans une référence à une norme juridique.

1.2. Incomplétude et révision

Le normatif juridique prend donc forcément le pas sur les justifications particulières qui peuvent être trouvées pour relier un cas particulier à telle norme plutôt qu'une autre. Mais un débat voisin renaît dans le champ de l'argumentation. Si on insiste sur la fonction normative d'une théorie de l'argumentation – elle doit dire quel argument est valide et quel autre ne l'est pas – quelle portée donner à ce fait que les conclusions d'une argumentation peuvent devenir invalides quand on change de contexte ? On retrouve le problème des justifications qui relient telle conclusion à telles prémisses normatives plutôt qu'à telle autre. Changer de contexte, c'est aussi changer de domaine de normativité. Soit on considère que ces déplacements d'un domaine à l'autre ne sont pas eux-mêmes justifiables, et on les traite comme des faits à décrire. Mais alors il ne faut plus espérer imposer une cohérence générale de l'argumentation. Soit on admet que l'on peut justifier ces changements de contexte. Il faut alors exhiber le lien entre le nouvel argument et le changement de contexte, et que faire si nous ne l'avons pas encore trouvé, si nous ne disposons pas d'une théorie générale des liens entre les différents domaines d'argumentation ?

Or l'intérêt de l'approche proposée par les logiques non monotones est de ne pas avoir à trancher ce débat. Nous n'avons pas besoin de décider s'il y a incohérence ou si nous n'avons pas encore trouvé les liens qui rendraient notre champ d'argumentation cohérent (en exhibant les liens conditionnels entre tel contexte, c'est-à-dire tel ensemble de prémisses, et telles conclusions). Nous pouvons définir des règles générales d'inférences non monotones qui nous prémunissent contre les effets de ces incohérences, et nous permettent de tirer des conclusions même si nous sommes dans un domaine dans lequel tous les liens conditionnels et contextuels n'ont pas été strictement identifiés.

La théorie pure du droit pourrait ne pas se soucier de telles règles, et les considérer comme des béquilles utiles tant qu'on n'a pas clairement identifié les normes et leurs relations, tant qu'on n'est pas parvenu à un système de norme correct (qui ne génère pas d'incohérences) et complet (qui engendre toutes les conséquences valides des normes fondamentales du système), et qu'il faudrait rejeter dès qu'on serait parvenu à ce système. Le problème est que non seulement on ne peut pas espérer qu'un tel système correct et complet soit autre chose qu'un horizon limite, mais qu'on peut même être certain qu'on ne saura jamais si on a atteint cet horizon limite. Il n'est évidemment pas possible de réduire un système de droit à un système logique de premier ordre suffisamment limité pour ne pas donner lieu à des énoncés indécidables. Si le système juridique est hiérarchisé, il contient des prédicats qui sont au moins de second ordre (comme «être une norme valide dans le système»), et qui devraient en bonne logique n'appartenir qu'au méta-langage. Les logiciens ont cependant réussi à construire des systèmes logiques traitant de propriétés méta-linguistiques, du genre «être démontrable dans un système», et en ont fait des systèmes logiques complets. Mais on ne peut pas avoir dans un seul système à la fois le système méta-langagier et le système des normes applicables (qu'on supposerait travailler au niveau du langage). On ne saura donc jamais si l'on est parvenu à un système juridique correct et complet.

Mais, dira Pfersmann, nous n'avons pas besoin de démontrer cette complétude. Il nous suffit de disposer d'un système hiérarchisé de normes, où pour toute norme, une norme supérieure définisse la procédure d'institutionnalisation juridique de cette norme. Les raisonnements internes qui nous permettent de relier une situation à une norme plutôt qu'à une autre sont tous valides dès lors qu'ils arrivent à établir ce lien avec une norme juridique. C'est justement parce que le système juridique ne peut prétendre établir sa propre complétude que l'on ne peut pas non plus vouloir définir ce que serait «le meilleur» lien argumentatif entre une situation et une norme juridique.

Mais le problème ne vient pas de là. Il naît lorsque nous avons accepté une argumentation qui reliait telle situation à telle norme et que nous en venons aussi à accepter une argumentation qui relie une situation semblable à une autre norme, et que les conclusions juridiques des deux normes sont fortement divergentes pour les justiciables, voire opposées.

La stratégie de Pfersmann en ce cas consiste à distinguer l'ontologique (le système des normes juridiques) et la réalisation pratique ou encore le niveau de connaissance du système des normes atteint par les agents. Un juge peut en pratique appliquer la loi d'une manière qu'on peut trouver non justifiée, cela ne rend pas sa décision invalide, s'il est l'autorité qualifiée par des normes supérieures pour rendre cette décision. Un juge, un justiciable ou même un spécialiste de droit peuvent ne pas se rendre compte que le code juridique énonce les conditions pertinentes pour définir la norme valide en des endroits différents du code, si bien que ces personnes sont obligées, une fois reconnue leur bévue, de réviser leur conception de la norme juridique, celle-ci n'en est pas moins la seule norme valide durant le temps de validité qui lui est assigné institutionnellement.

Ce sont là des propositions valides, mais pas une réponse au problème de l'incohérence des argumentations, qui, encore une fois, est un problème interne au fonctionnement effectif du droit, et qui ne remet pas en cause sa validité (bien que

la reconnaissance d'incohérences dans ce fonctionnement argumentatif conduise parfois le législateur à proposer d'instituer d'autres normes juridiques).

Pour traiter ce problème spécifique, il faut donc disposer de systèmes logiques capables de nous proposer des règles d'inférence qui nous prémunissent contre les effets d'incohérences toujours possibles. On pourrait croire qu'on doit diviser ces règles en deux catégories, les règles de garantie de non-révision, celles qui nous assurent une immunité par rapport aux changements de contexte, donc qui nous garantiraient que nous n'aurons pas à réviser nos conclusions quand nous recevons de nouvelles informations, et les règles de révision, celles qui nous disent que faire quand face à de nouvelles informations contradictoires avec nos conclusions, nous devons changer de contexte, c'est-à-dire soit éliminer soit relativiser certaines de nos prémisses précédentes. Mais en fait, il s'agit des mêmes règles, qu'on peut interpréter soit comme mettant en jeu des principes généraux que toute révision doit satisfaire, soit comme nous permettant de nous assurer qu'aucune source de révision n'est cachée dans nos prémisses, qui puisse invalider notre conclusion. Les règles de révision nous disent en effet ce que l'on doit conserver quand on révisé – et donc qu'enlever au minimum –, et les règles de non-révision nous disent quelle est la portée maximale des conclusions que nous pouvons tirer qui ne soit pas attaquable par une révision latente dans les prémisses. Les premières nous disent que conserver au maximum, et les secondes quel est le maximum qu'on puisse garantir, si bien qu'elles ont exactement la même portée. La plus emblématique de ces règles est la règle de « Monotonie Prudente », qui consiste à refuser d'utiliser d'emblée la transitivité des raisonnements. Si de A je déduis B, et de B je déduis C, il peut cependant être aventureux de déduire C de A (transitivité), parce que si C est valide dans le contexte B, et B valide dans le contexte A, cela n'implique pas que C soit valide dans le contexte A. On rajoutera donc une prémisses, exigeant justement la compatibilité des deux contextes, à savoir que de A et de B on puisse déduire C.

Ces systèmes logiques ont donc pour double but de s'ajuster aux limites exactes de nos raisonnements dans un domaine argumentatif, et de nous aider à préciser ces limites. Nous ne pourrons jamais nous assurer que les différentes justifications qui rattachent une situation à une norme juridique forment un système complet et cohérent. Nous ne pourrons pas davantage nous assurer que nous avons atteint un ensemble de propositions qui soit définitivement immunisé contre toute révision. La révision qui le mettrait en cause ne sera peut-être jamais découverte, elle pourrait cependant exister. Même si notre ensemble de propositions nous paraît stable contre toute révision, rien ne peut démontrer qu'il possède cette stabilité. En effet les règles d'inférences qui nous assurent contre les révisions ne le font que pour l'ensemble de prémisses qui nous a mené à nos conclusions, elles ne nous garantissent pas contre un nouvel argument ou une nouvelle information contradictoire avec nos thèses précédentes. Mais il reste vrai que ces règles sont celles qui nous garantissent que notre ensemble précédent d'inférences ne contient pas d'autres sources de révision que celles latentes dans les prémisses utilisées – les liens logiques entre ces prémisses n'auront pas à être révisés..

Les systèmes de règles d'inférence non monotones semblent donc bien correspondre aux possibilités et aux limitations que présente l'idée régulatrice de justifications qui soient cohérentes avec le système des normes juridiques (ces justifications sont donc à chaque fois relatives au système juridique qui est actuel-

lement institutionnalisé). Cet horizon ne peut pas consister dans l'identification d'un ensemble de justifications qui seraient immunisées contre toute révision venant de l'introduction de nouvelles justifications ou de nouvelles données externes. Aurions-nous produit ce système de justifications que nous ne saurions pas si nous l'avons produit ou non, si bien que nous poursuivrions le processus de mise à l'épreuve, et que nous nous engagerions dans d'autres révisions, quitte à devoir les remettre en cause ensuite. Mais cet horizon peut consister dans la proposition d'un système de règles de garantie contre les révisions internes issues de conséquences inaperçues des prémisses des raisonnements juridiques, conséquences qui ne se révèlent qu'au détour d'une nouvelle inférence.

Ces règles sont des règles de précaution. Elles ne garantissent pas une cohérence globale, puisque nous pouvons toujours introduire des prémisses nouvelles qui nous obligent à réviser nos conclusions. Elles assurent seulement que si nous prenons des précautions et tirons moins de ces prémisses qu'un raisonnement plus exigeant ne le ferait, alors nous conserverons la cohérence. Inversement, elles nous avertissent au contraire des possibilités d'incohérence quand nous passons d'un contexte à un autre. Elles peuvent donc aussi être utilisées pour repérer si nous avons ou non changé de contexte, de domaine de justification. L'horizon ultime d'un travail sur les règles implicites dans les justifications internes au fonctionnement juridique, ce n'est donc pas de construire un système homogène, mais de définir les hétérogénéités de domaines de justification en relation avec les normes du système juridique posées comme cadres de référence, de manière à toujours pouvoir dissiper une apparente incohérence à l'expliquant par un changement de domaine. Au mieux, on pourra, en complément, indiquer des liens plus forts entre tel domaine de justification et tel sous-ensemble de normes du système en vigueur.

1.3. Révision interne et révision externe

Mais il ne faut pas se cacher que les problèmes soulevés par les incohérences entre justifications internes au fonctionnement du système juridique peuvent avoir un effet externe, celui de donner des arguments pour une révision institutionnelle de ce système. Le système juridique a pour principe de découpler deux révisions. La première est une révision interne, par laquelle les justifications qui relient une situation à telle norme juridique peuvent être combattues par d'autres justifications qui la relient à telle autre norme. Cette révision n'a pas d'impact sur les normes juridiques elles-mêmes. La deuxième révision est externe, et consiste à changer (de manière juridiquement autorisée, cependant) les normes juridiques elles-mêmes. Il ne faut pas confondre ces deux révisions, mais il est difficile d'éliminer la possibilité d'une influence de l'une sur l'autre, parce que les argumentations ont la disposition perverse de pouvoir être reprises en dehors de leur domaine initial de fonctionnement.

Il faut d'abord revenir sur le sens de la notion de clôture du système juridique. D'une part il s'agit de la clôture d'un système de propositions (qui sont des normes) en un sens assez voisin de la clôture d'un système logique. Comme le dit Pfersmann, c'est toujours au nom d'une norme juridique, et seulement en ce nom, que dans ce système on va accepter une autre norme. D'autre part cette clôture est institutionnelle. Les procédures de production, de certification des normes,

comme celles de leur application et de leur mise en vigueur, sont définies comme des normes hiérarchiquement supérieures, au sein d'institutions sociales. Une institution se définit par sa capacité à sélectionner sur les pratiques des qualités qu'elle retient comme qualifications, et à ne traiter que les activités ainsi qualifiées. Enfin cette clôture a une fonction pragmatique. Elle tient à ce que les litiges pourraient devenir interminables si un arrêt n'était pas mis aux disputes qu'ils entraînent. L'imposition de la norme juridique termine le litige, et les parties ne peuvent plus saisir la justice une fois le cas définitivement instrumenté.

La clôture logique est l'horizon qui s'impose dès lors que les normes sont pensées comme un système. Les institutions elles aussi ont tendance à se reproduire et se continuer d'elles-mêmes une fois qu'elles ont été constituées. Le système juridique peut donc s'entretenir par lui-même sans qu'on renvoie à sa fonction pragmatique. Mais c'est pourtant bien elle qui justifie *in fine* l'existence de ce système. Les deux autres formes de clôture n'ont pas un rôle de justification. Elles assurent la clôture, elles ne la justifient pas. La justification pragmatique apparaît donc d'emblée extérieure au système, qui certes se poursuit sans se soucier d'elle, mais c'est là une exigence de cette justification même. Cela n'empêche pas cette justification d'être fondamentale, parce qu'on peut abandonner tout système qui n'a pas de fonction pragmatique ou qui ne remplit pas sa fonction.

En s'appuyant sur la clôture logique et sur la clôture institutionnelle, on reconnaîtra donc qu'une norme juridique en tant que norme n'est ni vraie ni fausse, mais valide ou invalide, c'est-à-dire émise ou non selon les normes qui définissent les procédures autorisées. En revanche une justification renvoie toujours *essentiellement* à une vérité, et on peut donc la détruire si on montre qu'elle repose sur une erreur. Essentiellement, parce que la justification repose aussi sur une préférence, ici la préférence pragmatique pour terminer les conflits. La vérité ou la fausseté est donc conditionnelle à cette préférence. Mais il est vrai, ou non, que la majorité des décisions de justice ont pour effet de terminer des querelles ou du moins de permettre l'exécution de certains actes auxquels il était fait jusqu'alors opposition. C'est une vérité simplement fréquentielle, si bien que sa contestation est plus délicate que pour une vérité absolue, mais c'est une vérité. Et si c'était une erreur, alors la fonction pragmatique du système judiciaire serait mise en cause.

De même, une norme juridique ne peut être choisie par le législateur sans qu'il donne de justification de ce choix par rapport à d'autres normes possibles. Cette justification ne peut pas être seulement interne au système juridique, parce qu'une norme a toujours des conséquences sur les pratiques sociales, et que le débat sur ces conséquences met en jeu des justifications autres que juridiques. Là encore, les justifications renvoient toujours, essentiellement, à des données qui sont susceptibles de vérité ou de fausseté. Et de même encore, ces justifications mettent en jeu des préférences individuelles ou sociales.

1.4. Justifications doctrinales et justifications fonctionnelles

Ce sont là des justifications externes au droit. Parmi les justifications internes, celles que nous appellerons les justifications « fonctionnelles » méritent notre attention. Elles sont, nous l'avons dit, des arguments pour relier la situation

examinée à telle norme juridique plutôt qu'à telle autre. Il ne faut surtout pas les confondre avec des justifications internes elles aussi, mais qui sont proprement juridiques, et qui font partie de ce que Pfersmann appelle les arguments « théoriques », et les arguments « matériels ». Nous les dénommerons encore, à sa suite, justifications « doctrinales ». Il s'agit par exemple de montrer l'incohérence entre deux normes d'un système donné, ou encore de rappeler que les conditions d'application d'une norme donnée sont en fait dispersées dans le système juridique tel qu'il est rédigé dans les paragraphes d'articles différents, etc. Dans tous les cas, les justifications combinent des préférences et des données susceptibles de vérité et de fausseté, qui nous disent si de telles relations existent bien entre les normes en question. Mais les justifications internes fonctionnelles restent ouvertes et révisables par d'autres arguments, alors que les justifications internes doctrinales devraient pouvoir accéder à des conclusions non révisables dans le système juridique donné. Ce n'est toutefois qu'un idéal, parce que l'incohérence entre deux normes, par exemple, dépend de l'importance que nous accordons non pas à des contradictions, mais à de simples conflits entre les différentes procédures auxquelles conduisent chacune de ces normes. Or cette appréciation d'un conflit ne fait pas partie d'une logique déductive, mais d'une logique du révisable. Cependant on peut admettre qu'aucun contenu qui ne soit pas purement juridique n'interviendra dans cette argumentation doctrinale. En revanche, rien ne permet d'assurer que les justifications qui relient les situations au choix d'une norme juridique à appliquer, les justifications fonctionnelles, restent toujours purement juridiques. La différence entre les deux types de justifications est que nous pouvons poser d'emblée que les justifications doctrinales ne feront pas intervenir d'éléments non juridiques, alors que nous pouvons seulement garantir que les justifications fonctionnelles utiliseront des éléments juridiques, mais sans pouvoir assurer que le choix de ces éléments juridiques sera lui-même d'origine juridique. Par exemple, ce choix pourrait venir de considérations morales. Il ne s'agit pas de vouloir confondre le moral et le juridique et de soutenir la thèse de l'unicité du juridique et du moral, mais seulement de faire la différence entre deux types de justifications : pour les premières, le recours à un élément moral comme tel rendrait la justification invalide, pour les secondes, on ne saurait éliminer des sources de type moral, tout simplement parce qu'on n'a jamais les moyens d'exclure le soupçon que le choix de faire appel à telle norme plutôt qu'à telle autre ne soit pas influencé par des raisons morales (mais aussi, évidemment, par des idéologies, des *a priori* culturels, ou des intérêts sociaux et économiques). Assurément, les attendus des jugements devraient, en principe, ne contenir que des justifications du premier type. Mais comme les plaidoiries comportent explicitement des arguments du deuxième type, on ne saurait exclure que la décision du juge ne soit aussi influencée par ces arguments.

Cette contamination ne peut en aucune manière rendre la décision du juge invalide (sauf si une norme stipule expressément que telle influence tombe sous le coup de la loi, mais nous parlons ici d'influences non explicitées juridiquement) dès lors que cette décision est rendue dans les règles. Mais puisque la pureté du droit tient simplement à sa positivité, au fait que les décisions rendues le sont par les autorités compétentes et selon les normes édictées définissant les procédures autorisées, on ne peut évidemment éliminer la possibilité d'une impureté qui ne soit pas d'ordre juridique, puisque le mouvement d'autonomisation du droit

consiste justement à ne pas tenir compte de cette impureté là. Si l'on voulait s'assurer de pouvoir éliminer cette influence sur le choix des normes à appliquer, il faudrait que pour toute situation on dispose d'une procédure décidable qui la rapporte à telle norme plutôt qu'à telle autre, or il est impossible d'avoir une telle garantie. On répondra sans doute simplement qu'on ne tiendra pas compte de cette influence sur la décision juridique. Le droit n'a donc qu'une seule ressource. Il ne considérera comme juridique que les arguments qui s'appuient exclusivement sur les normes juridiques, et il ne tiendra pas compte des autres. Mais il ne pourra empêcher que certaines décisions dans des situations où l'appréciation du juge pouvait balancer ne soient influencées par des justifications et argumentations qui ne sont pas purement juridiques. Il pourra seulement récuser celles d'entre elles qui ne font référence à aucune norme juridique.

1.5. Les lieux de l'argumentation juridique

Nous avons donc identifié trois lieux d'argumentation dans le système juridique. Le premier, c'est celui des justifications des décisions juridiques. Ici l'argumentation est purement juridique. On ne saurait la considérer comme strictement déductive, mais on peut la supposer déductive en un sens négatif : tant qu'on ne peut pas démontrer, en suivant des procédures juridiques, que cette décision violait une norme juridique supérieure, la décision est supposée valide. Le second, c'est celui des arguments des théories juridiques, les arguments doctrinaux dont nous parlions à l'instant. Ici, la déductivité est encore plus lointaine, puisqu'on peut seulement prétendre que si on pouvait démontrer le recours à un contenu non appuyé sur des normes juridiques, alors l'argumentation théorique serait définitivement invalidée. Enfin, nous avons les arguments dont on peut penser qu'ils ont pu influencer le choix du juge, même s'ils n'apparaissent pas comme tels dans sa décision, et ce parce que ces arguments qui ne sont pas purement juridiques ont été mentionnés dans les plaidoiries. Les attendus de la Cour Européenne, par exemple, reprennent explicitement ces arguments des plaideurs et indiquent comment la Cour les relie à ses normes et à sa jurisprudence. Ces arguments restent évidemment révisables, ce qui n'empêche qu'ils peuvent avoir de la force, tant qu'on ne leur a pas trouvé de contre-argument. Cependant, s'ils sont exposés sans être reliés à une norme juridique, alors ils ne sont pas juridiquement pertinents. Mais parfois la Cour peut décider de leur donner cette pertinence, à condition évidemment d'indiquer leur lien avec le système juridique.

Le problème est alors de savoir si une théorie de l'argumentation juridique doit réserver des modes d'analyse différents à ces trois domaines de l'argumentation juridique. Assurément, les conditions de validité et les exigences à satisfaire ne sont pas les mêmes. Ainsi il est très important, aussi bien pour l'argumentation des décisions juridiques que pour l'argumentation doctrinale, de définir le niveau hiérarchique des normes invoquées. Une logique typifiée (chaque niveau de norme et même chaque domaine de norme correspondant à un type) est alors nécessaire. L'influence des argumentations des plaidoiries sur les choix juridiques doit aussi passer par ce filtre des types de normes, mais cela ne demande pas une étude nouvelle, elle est déjà du ressort de l'analyse de l'argumentation des décisions juridiques. En revanche, l'argumentation des plaidoiries, dans la mesure où tout en faisant référence aux normes juridiques elle recourt aussi à des normes

d'autres sources, échappe partiellement à cette typification. Plus exactement, on doit déterminer le type des normes juridiques invoquées, mais si les normes exogènes étaient typifiées (comme normes explicitement morales, par exemple) elles seraient révocables comme non pertinentes juridiquement. L'analyse de l'argumentation va donc faire apparaître non pas des normes appartenant à un autre système de normes typifiées, mais seulement des priorités ou des pondérations entre les normes invoquées, dont la force argumentative est seulement d'infléchir le jugement vers telle qualification de la situation selon une norme juridique plutôt qu'une autre. Et ces inflexions sont forcément révisables.

Il reste à savoir si ces règles qui nous permettent de conserver le plus de cohérence possible tout en développant des inférences révisables, ou encore de signaler les passages d'un contexte à un autre pour rendre compte des incohérences apparentes, peuvent servir à analyser non seulement les argumentations qui ne sont pas purement juridiques, mais aussi les deux domaines d'argumentation proprement juridiques. Elles le peuvent évidemment dans la mesure où des règles qui permettent des déductions plus faibles, donc aussi plus risquées parce que révisables comprennent aussi parmi leurs conclusions celles que peuvent donner des règles d'inférence plus exigeantes. Elles peuvent aussi faire apparaître ce qui restait encore inexplicite dans les argumentations doctrinales. En effet, au lieu de les utiliser pour déterminer des conclusions, on peut les utiliser pour identifier des priorités (qui ont conduit à préférer telle conclusion), et ces priorités pourraient indiquer des hiérarchies qui tiennent de l'usage juridique. Certes, ces hiérarchies n'auront pas été déclarées comme telles dans l'édition autorisée d'une norme juridique. Mais elles peuvent rester influentes dans le fonctionnement effectif d'un système juridique. Ainsi, le domaine de l'analyse de l'argumentation par des systèmes de règles pour des inférences révisables peut empiéter aussi sur celui de l'argumentation judiciaire et de l'argumentation doctrinale, mais il reste avant tout celui des argumentations telles qu'elles se font, alors que les deux autres domaines ont pour visée l'argumentation juridique telle qu'elle doit se faire. L'argumentation telle qu'elle se fait, cependant, n'est pas simplement de fait, elle a aussi une visée normative. Mais on ne peut garantir que cette visée est purement juridique. L'analyse de l'argumentation juridique que nous envisageons porte donc sur les argumentations qui présentent cette intersection entre une argumentation dont on ne peut garantir qu'elle soit juridique et la référence nécessaire au système des normes juridiques.

En conclusion de ce débat préliminaire, deux possibilités semblent ouvertes à une étude de l'argumentation juridique. La première est de rechercher les règles d'inférence utilisées dans les argumentations effectives (les attendus, les plaidoiries), en privilégiant les règles qui permettent de se prémunir contre les changements de contextes – et qui permettent aussi, on l'a vu, de gérer ces changements. Les textes d'origine juridique, qui ne sont pas constitués uniquement de normes juridiques, loin de là, n'ont pas de statut privilégié dans cette approche. La seconde est de tenir compte du fait qu'un système de normes juridiques met en jeu des opérateurs d'un autre genre que les justifications, d'une part, ce qu'on nomme généralement des opérateurs déontiques, d'autre part une nécessaire typification pour respecter la hiérarchie des normes et leurs différences de domaines. On pourrait encore se demander quelle coexistence est possible entre l'application de tels opérateurs déontiques et de telles règles d'inférences argumentative.

1. 6. Force des obligations juridiques et révision

C'est un champ d'étude passionnant, parce que les règles d'inférence qui nous permettent de gérer les révisions ont déjà un aspect déontique minimal. En effet, dire qu'une conclusion A est valide dans le contexte C, mais ne l'est plus dans le contexte D, cela revient à dire que A est normal dans le contexte C, que non-A est une exception dans ce même contexte, mais que non-A n'est pas une exception dans le contexte D (on ne sait pas si non-A est alors normal). Le cœur de ces logiques contextuelles, c'est la relation entre ce qui est normal et ce qui est exceptionnel. Jusqu'à ce point, «normal» peut s'interpréter de manière purement fréquentiste (les cas de A dans l'ensemble C sont plus nombreux que les cas de non-A).

Imaginons maintenant qu'on exclue les exceptions non-A du contexte C, tout en sachant qu'il peut en exister. Une telle décision revient à constituer un sous-contexte de C qui soit une sorte de monde admissible pour A. On retrouve alors l'inspiration de la notion d'obligation : A est obligatoire si dans tous les mondes admissibles accessibles à partir du monde réel, A est le cas. On obtient évidemment ici ces mondes admissibles en éliminant les mondes dans lesquels non-A est le cas, mondes parmi lesquels figure fréquemment le monde réel (une obligation n'est pas forcément exécutée dans notre monde réel). Ainsi proposer une normalité qui permette d'exclure les exceptions, c'est s'engager sur la voie de l'obligation. On n'atteint pas encore la force de l'obligation, qui porte sur tous les mondes possibles admissibles, parce qu'en excluant les exceptions, on n'a pas exclu pour autant la possibilité que le contexte C se révèle finalement avoir une autre forme que celle initialement envisagée, on n'a pas fixé définitivement ce contexte. L'aurait-on fait qu'on aurait une véritable obligation. Le droit nous propose toujours des obligations, mais comme les normes juridiques sont sujettes à révision par de nouveaux législateurs, elles semblent plus proches de cette obligation par exclusion des exceptions que de l'obligation logique pure. L'avantage d'en rester à une notion d'obligation ainsi limitée, c'est aussi qu'on ne tombe pas dans les paradoxes de l'obligation logique : «si je dois porter la lettre, je dois la porter ou la brûler», si bien que mon obligation sera satisfaite si je la brûle (!) puisqu'en parlant de brûler la lettre, on voit que je change de contexte par rapport à la mission de la porter.

Quelle est donc la portée réelle de cette obligation limitée, qui se définit par l'exclusion des sources de révision, tant qu'on reste dans les limites d'un certain contexte ? Nous ne pouvons pas éliminer toutes les sources de révision, puisque précisément, une fois sorti de son contexte d'application, l'obligation n'est plus valide. Davantage, il se peut que nous rencontrions une situation (un «cas») qui semble devoir répondre aux définitions du contexte de validité, mais qui présente aussi d'autres propriétés, lesquelles suscitent des justifications opposées à l'obligation en question. Dans ces «cas», soit le droit a déjà prévu l'exception, et spécifié de manière plus précise le contexte de validité de l'obligation. Soit il ne l'a pas fait. Dès lors de deux choses l'une, ou bien il est possible de requalifier la situation pour la rattacher à une autre norme, pour changer de contexte. Le rôle du juge est ici déterminant, et il peut être influencé par l'argumentation des plaidoiries. Ou bien ce n'est pas possible, le juge ne peut qu'appliquer la norme usuelle pour terminer le litige, mais si cette décision donne lieu à argumentation extra-

juridique et que la contestation s'étende, il se peut que le législateur décide de modifier la norme, par exemple en prévoyant cette exception.

Sachant qu'une telle révision est possible, les justiciables ne seront-ils pas tentés de discuter véhémentement l'application des normes juridiques, qui seront ainsi affaiblies ? Mais c'est oublier qu'on ne peut pas exciper d'une révision possible, mais purement contrefactuelle, et pour laquelle on n'avance pas d'autre argument que sa pure possibilité sans contenu, pour prétendre qu'une obligation est à réviser. La révisabilité de pur principe n'a pas d'effet pratique, puisque tout est révisable en principe. Pour avancer une révision, il faut disposer d'arguments et de justifications effectives. La charge de la preuve est toujours à celui qui veut introduire une révision. Même si les obligations sont toutes révisables, elles sont aussi toutes valides non seulement tant que la révision n'a pas été introduite, mais tant qu'elle n'a pas été elle-même validée juridiquement. La limitation de l'extension de la validité universelle de l'obligation au contexte où elle n'est pas révisable n'entame donc en rien la force de cette obligation dans ce contexte. Et pour sortir de ce contexte, il faut construire une nouvelle validité, ce qui suppose de justifier une révision et de lui donner un aboutissement dans une procédure autorisée de modification de la norme. Nous pouvons donc nous satisfaire d'une obligation limitée, qui évite les paradoxes déontiques, et cependant conserver toute la force des obligations juridiques.

Il est intéressant de constater que nous trouvons dans la structure même de certains codes juridiques une confirmation de ce que l'obligation juridique consiste bien à exclure les exceptions pour se restreindre au contexte de validité. Une telle forme d'obligation implique en effet qu'on ne puisse pas énoncer de norme de manière absolue, mais qu'on soit toujours obligé de mentionner les opérations d'exclusions d'exceptions. Cela d'ailleurs n'est pas suffisant. Il faut de plus montrer que le contexte de validité est clos, une fois qu'on a exclu les exceptions. Le juriste est évidemment dans l'impossibilité de s'assurer de cette clôture au sens logique du terme, puisqu'il ne peut éliminer la possibilité d'une révision (à titre de pure possibilité), contrairement au logicien qui démontre la complétude de son système. Quel ersatz de cette clôture peut-il trouver ? Il lui suffit de montrer qu'il existe des procédés par lesquels, une fois sorti du domaine de validité et entré dans celui des exceptions à la norme, on peut cependant revenir à la norme et au contexte où elle s'impose de nouveau. On montre ainsi qu'une sortie hors du domaine de validité n'invalide pas la norme dans son domaine de validité, puisque celui-ci reste accessible de l'extérieur. On aurait pu au contraire considérer les exceptions comme des sources de révision qui attaquaient la norme elle-même : puisque la norme ne pouvait pas couvrir des cas qui semblaient rentrer dans son domaine, c'est qu'il fallait la refondre. En montrant que même une fois sur le terrain des exceptions, on peut retrouver le domaine de validité de la norme, on montre que la révision liée aux exceptions n'est que locale, et ne détruit ni la norme ni son contexte d'application. Il suffit pour cela de montrer que les exceptions ont elles-mêmes des exceptions, et que ces exceptions de second degré nous renvoient à la norme initiale. Si l'on préfère, ce procédé de retour à la règle par l'exception à l'exception garantit la stabilité d'un contexte. La notion de contexte devient saisissable comme le point fixe de cette opération, comme ce qui d'une part ne donne sa validité à une obligation que dans certaines limites, et qui cependant reste un domaine stable auquel on peut revenir même une fois qu'on est entré dans le domaine où cette validité n'est plus de mise.

Ouvrons simplement le Code civil. Le titre 3ème, qui porte sur les contrats, commence par un article qui définit le contrat («une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire et à ne pas faire quelque chose» art. 1101). L'article 1108 définit ensuite les conditions «essentielles» pour la validité des conventions: «le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation». L'article 1109 définit alors ce qui pourrait invalider la première condition: «Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence». Puis l'article 1110 précise que «l'erreur n'est une cause de nullité pour la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet» et non pas sur la personne avec qui on contracte, à moins que la personne soit la cause principale de la convention.

Le processus est clair. L'article 1101 définit le domaine des pratiques qui sont visées par les normes du titre 3ème (ce qu'en droit, justement, on appelle les «obligations», qui sont en fait des obligations contractuelles). L'article 1108 définit positivement des conditions qui, si elles n'étaient pas réunies, nous feraient sortir du domaine de validité des normes, et l'article 1109 explicite deux de ces exceptions à la norme du contrat (le consentement est donné par erreur ou extorqué par la violence). Enfin l'article 1110 indique que même une fois sorti du domaine de validité du contrat, on peut y revenir, puisqu'il existe des exceptions à l'exception, et que ces exceptions redonnent validité au contrat (si le consentement a été donné par erreur, mais que l'erreur ne porte pas sur ce sur quoi on contracte, mais sur ce avec qui on contracte, et que cette personne puisse être remplacée par une autre sans changer la substance du contrat, le contrat est toujours valide). De même, considérant la seconde source d'exception, la violence, on va aussi lui trouver une exception (si depuis que la violence a cessé, le contrat a été approuvé tacitement, art. 1115). On peut trouver de semblables structures dans la plupart des articles du code civil. Cela semble montrer que l'obligation juridique ne correspond pas à un opérateur déontique classique (il est obligatoire que) qui impose un «on doit» sans limites de contexte, mais à un opérateur de normalisation contextuelle, qui indique à la fois une validité normative, les limites du domaine de cette validité, et le moyen de limiter les révisions que semblent impliquer la sortie hors de ces limites, puisqu'on montre finalement que ces révisions n'ont pas eu d'effet à l'intérieur des limites du domaine originel¹.

¹ Il est possible de ramener ce processus à une exploration du domaine de validité de la norme, les exceptions précisant les limites de ce domaine, et les exceptions aux exceptions évitant de trop le limiter. Il s'agirait simplement de raffiner la détermination de son extension. Mais ce serait oublier que les exceptions sont des contre-arguments offerts à qui veut contester l'application de la norme à un cas, et les exceptions aux exceptions des contre-contre-arguments, ce serait ne pas tenir compte du lien ainsi établi avec la dynamique de l'argumentation.

Jacques Lenoble suggère en sens inverse que la dynamique de l'argumentation est trop logique pour rendre compte de la dynamique du contrat, qui exige à la fois une volonté de convergence avant que soit fixée la sémantique et l'extension du domaine de validité du contrat, et une révision dès qu'on se confronte par avance aux effets réels du contrat. Cela semble montrer que l'argumentation juridique se situe dans un espace intermédiaire entre un processus révision épistémique voire simplement logique et des processus actionnels de révision. Cf. Jacques Lenoble, «La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle», Centre de Philosophie du Droit, Louvain, 1999.

2. ANALYSER LES ARGUMENTATIONS DANS LE DOMAINE JURIDIQUE

Après ces considérations générales, nous allons nous tenter d'appliquer la grille de lecture que nous fournissent quelques logiques non monotones (c'est-à-dire qui envisagent que leurs conclusions puissent être révisables) et les études formelles des procédures de révision et de précautions contre la révision, à l'analyse de l'argumentation dans des plaidoiries et dans les attendus des jugements de la Cour Européenne. Nous nous restreindrons donc à une esquisse d'analyse dans le seul domaine de ce que nous avons appelé l'argumentation fonctionnelle, en laissant de côté l'argumentation doctrinale, et en n'évoquant l'argumentation judiciaire que dans le cas privilégié de la Cour Européenne, qui rappelle dans ses attendus les arguments des parties. Ces deux types de textes font assez peu d'appels aux normes juridiques en tant que telles. Si nous prenions comme matériaux d'études des attendus de jugements de cours françaises, a fortiori de la cour de cassation, la référence aux normes juridiques serait au contraire constante. Nous n'aurons donc pas à traiter de la typification des normes hiérarchisées, ou encore de l'interaction entre argumentation et formes d'obligation juridiques. Nous nous sommes bornés sur ce dernier point à montrer la parenté entre les formes de base qui nous servent pour analyser l'argumentation – la cellule «normalement..., sauf exception...» – et les formes de l'obligation juridique. De même, les plaidoiries, faisant peu appel à l'évocation des normes juridiques elles-mêmes, se consacrent surtout à la qualification des situations, et elles se permettent même des commentaires sur le fonctionnement de l'institution juridique ! Autrement dit, on retrouve ici la liberté des argumentations qui font feu de tout bois, alors que des contraintes plus lourdes pèsent sur les jugements classiques. Nous n'esquisserons dans ce qui suit que la première partie du programme d'étude de l'argumentation juridique que nous nous sommes proposé, l'analyse des argumentations effectives, sans revenir sur le rapport entre argumentation et obligations juridiques. C'est évidemment un manque important, mais il est rationnel de commencer par ce qui semble la tâche la plus facile. On peut d'ailleurs, nous l'avons vu, partir de l'analyse argumentative des attendus des jugements pour en tirer les règles normatives qui sont tenues pour prioritaires par les juges. On aurait là un moyen de vérifier si l'usage effectif des normes juridiques est bien en accord avec la hiérarchisation explicite des normes juridiques. On pourrait ainsi mettre à l'épreuve les réorganisations théoriques des normes quand elles sont proposées (ce qui ne veut pas dire qu'il faudrait donner le pas à l'argumentation effective sur la hiérarchie théorique ; en ce domaine plus qu'en tout autre, le fait ne vaut pas droit !).

Cette étude de l'argumentation juridique comporte plusieurs strates. La première consiste à identifier des cellules argumentatives de base. Nous proposons une telle cellule (sans prétendre qu'une théorie de l'argumentation ne doit pas aussi en proposer d'autres), celle qui prend la forme «normalement, sauf exception...». C'est la cellule identifiée par les logiques dites «logiques des défauts», ou encore logiques des normalités. C'est une règle d'inférence révisable. La seconde consiste à définir les enchaînements entre de telles cellules inférentielles, enchaînements qui prennent des précautions contre les sources de révision. La troisième consiste à définir des procédés pour que, une fois les révisions déclenchées par un changement de contexte, on puisse cependant revenir au

contexte initial. Nous avons vu que les normes du Code civil utilisent un de ces procédés. Nous pouvons en trouver d'autres. Pour montrer leur variété, nous ferons un excursus hors du champ juridique pour prendre un exemple de raisonnement en histoire comparée. Enfin, une quatrième strate tient à l'émergence au cours de l'argumentation juridique de principes qu'elle met au point de manière autonome et qui ont le pouvoir de guider ses démarches. Ces principes peuvent être généraux, mais ils peuvent aussi rester propres à un domaine juridique délimité.

2.1. Les atomes de l'argumentation et la focalisation rhétorique sur les exceptions.

Il nous faut ici distinguer la structure générale de l'argumentation, qui inscrit les inférences effectivement proposées par le texte de la plaidoirie dans l'ensemble des inférences possibles, et la rhétorique utilisée, qui consiste à attirer l'attention de l'auditeur sur certaines informations et certains liens inférentiels plutôt que d'autres. Ainsi, une avocate avait à défendre Mathurin, supposé complice de tortures et meurtres perpétrés sur des vieilles dames avec un personnage inquiétant nommé Paulin, décédé pendant l'instruction. Elle tentait de montrer que Mathurin était le suiveur et non le meneur. Un de ses arguments fût de rappeler qu'avant cette arrestation, Mathurin n'avait eu d'inscrite à son casier judiciaire que l'infraction consistant à avoir pris le train sans billet ni argent pour le payer. L'argument semble être le suivant. Certes Mathurin est un délinquant, et comme tel il ne fait pas partie de l'ensemble des citoyens normaux. Mais l'infraction qu'il commet, qui le range dans les exceptions, est une infraction que bien des citoyens normaux ont une chance de commettre. Dans le domaine des exceptions, il en avait choisi une qui fait partie des exceptions du citoyen normal, et pas celle qui le rangerait dans le grand banditisme. Inversement, dans le domaine de la grande criminalité, qui est l'objet du procès, il n'est pas dans la norme, il est à sa marge la plus proche du citoyen normal, c'est donc seulement un suiveur².

La structure logique est donc à la fois simple et complexe. Simple, puisqu'elle n'utilise que des rapports entre normal et exception, et qu'on peut prendre ici normal au sens fréquentiel comme au sens normatif. Complexe, puisque ce qui est exception pour le normal (la délinquance) comporte une marge qui est encore fréquente dans les exceptions que se permettent les gens normaux, et que ce qui constitue une exception très peu fréquente pour les gens normaux, la grande criminalité, peut être dans son domaine considérée comme normale, et avoir ses exceptions et ses marges, dans lesquelles on pourra rencontrer les exceptions qui sont les plus fréquentes chez les citoyens normaux. Dans cet exemple, ce que nous venons d'énoncer donne la structure de l'argumentation, mais l'accent rhétorique est mis à chaque fois sur l'aspect d'exception : Mathurin est l'exception propre à la normalité et donc aussi une exception par rapport à l'anormalité.

Ces rapports entre normalité et exception nous donnent déjà ce qu'on pourrait appeler un atome inférentiel, une règle révisable unitaire. On peut en effet

² Cet exemple ainsi que les textes de plaidoirie analysés plus loin sont tirés du recueil «*Arts et Techniques de la plaidoirie d'aujourd'hui*», Laurence, Gratiot, Caroline Mécarry, Stephen Bensimon, Benoît Frydman, Guy Haarscher; Editions Berger-Levrault, Paris; 1995.

toujours les reformuler ainsi: « normalement, sauf preuve du contraire, si p alors q », ou encore, « normalement, si c'est un A, c'est un B », ce qui veut dire, « dans l'ensemble des A, les non-B sont l'exception ». Dans l'ensemble des citoyens normaux, ceux qui voyagent en refusant de payer leur billet sont l'exception; mais dans l'ensemble de ceux qui commettent cette infraction, l'ensemble des citoyens qui ne commettent pas de crimes est le plus grand, et l'ensemble de ceux qui commettent des crimes crapuleux est l'exception (ces criminels n'ont pas intérêt à se faire repérer). Ici, par exception, il ne faut pas entendre ce qui est très rare, mais simplement ce qui n'est pas le plus fréquent, ou qui n'est pas ni le plus fréquent ni le moins fréquent. Ces fréquences sont donc relatives, et non absolues, ce qui permet de qualifier un événement de fréquent et de normal alors qu'on ne connaît pas en fait sa fréquence observée.

Cette cellule argumentative est déjà une unité inférentielle, et non pas une simple proposition liant un prédicat et un sujet ou une fonction et un argument. Cette forme argumentative va donc se retrouver à toutes les échelles du texte. On peut ainsi résumer l'argumentation d'un texte en utilisant la formule « normalement, sauf preuve du contraire, les non B sont minoritaires dans les A ». Prenons l'exemple d'une plaidoirie dans une affaire de drogue.

« Je suis bien ennuyée dans cette affaire parce que j'ai expliqué à M.D., comme vous l'avez fait, que les policiers l'avaient formellement reconnu et que j'ai même été jusqu'à lui expliquer, si vous me le permettez et même sans votre permission, que faute avouée est à demi pardonnée. Je lui ai expliqué qu'il avait tout intérêt à reconnaître les faits à partir du moment où on l'avait vu donnant une demi-barette (de drogue) et il s'est obstiné, mais je n'ai rien vu dans le dossier me permettant de dire qu'il ne l'avait pas donnée. Alors, sur sa situation, je lui ai fait comprendre également qu'il ne pouvait pas rester en France. Ça, il en est d'accord. Il est prêt à quitter le territoire français, mais en ce qui concerne la drogue je suis malheureusement très ennuyée parce qu'il ne l'admet pas. Alors il ne l'admet pas peut-être avec raison parce que ni vous ni moi n'étions sur place. Peut-être que c'est vrai mais je n'ai pas l'habitude de mettre la parole des policiers en doute, donc j'ai plutôt tendance à les croire. Donc ce que je vous demanderai c'est que s'il accepte véritablement de rentrer chez lui, vous prononciez une peine très courte en espérant que son interdiction du territoire sera exécutée. Cela serait bien parce que comme ça on aurait des chances de ne pas le revoir devant notre tribunal. Mais plus courte sera la peine, meilleur ce sera. »

« Faute avouée est à demi pardonnée » est déjà une règle d'inférence révisable; parfois, l'aveu n'obtient pas le pardon, mais on suppose que c'est exceptionnel. De même, qu'on ait intérêt à reconnaître les faits quand des témoins vous dénoncent est aussi une inférence normale. Autres inférences normales: que les interdictions de territoire sont exécutées; que si elles sont exécutées, on ne revoie pas l'expulsé devant le même tribunal; que les policiers normalement doivent être crus. Mais l'essentiel de l'argumentation (de la rhétorique, en fait) porte sur les exceptions possibles à cette dernière normalité. L'accusé n'admet pas avoir fourni de la drogue. Rien dans le dossier ne permet pourtant de dire qu'il n'en a pas donné. C'est là précisément la condition de validité d'une inférence normale: qu'on n'ait pas la preuve du contraire. Si bien que la conclusion doit pouvoir être tirée: il a bien fourni de la drogue. Cependant l'avocate rappelle que la règle: « je n'ai pas l'habitude de mettre en doute la parole des policiers » n'est qu'une règle révisable. Elle a « plutôt tendance à les croire », il pourrait y avoir des cas

exceptionnels où elle ne les croirait pas. Donc après avoir donné la conclusion de la règle normale, et indiqué que ses conditions de validité sont réunies, l'avocate rappelle que cette règle n'est qu'une règle normale, qui implique des exceptions. Elle suggère aussi que pour être assuré que des preuves du contraire n'ont pas été données, il faut admettre que la règle normale de croyance dans la véracité des témoignages policiers doit être supposée valide. Reste ainsi ouverte une exception à cette dernière règle. Par ailleurs, eu égard à la première règle (avouer quand les faits vous accablent) le comportement de l'accusé est exceptionnel. Mais si on se trouvait dans la situation exceptionnelle où la croyance en la véracité des témoignages policiers ne serait pas fondée, alors ce comportement redeviendrait normal. Ce qui est exceptionnel par rapport à une normalité peut redevenir normal dans une situation exceptionnelle.

Voilà pour la structure argumentative. La conclusion générale en est seulement qu'il se pourrait que nous soyons dans un cas d'exception où l'accusé aurait raison. Mais cette possibilité ne peut être une normalité (elle ne repose que sur des exceptions non avérées), elle peut au maximum n'être ni une exception ni une normalité. Cela suffit pour dire qu'il n'est pas prouvé avec une certitude complète que l'accusé ait bien fait ce dont on l'accuse. L'aspect rhétorique tient à ce que l'avocate ne veut pas mettre directement en doute la validité du dossier policier, si bien qu'elle évoque d'abord la conclusion qu'elle veut suggérer, pour ensuite redire qu'elle croit à la normalité (la confiance à avoir dans les témoignages policiers) dont elle évoque pourtant l'exception. L'ordre des inférences est donc bouleversé. Cette rhétorique tient aussi à ce que la conclusion est à vrai dire une tautologie : il est évident que dans un domaine d'inférences révisables rien n'est définitivement démontré. La rhétorique a seulement mis l'accent sur la possibilité d'exceptions qu'on aurait eu tendance à considérer comme négligeables.

On le voit, la structure « normalement, sauf exceptions, les A sont des B, les non B sont minoritaires parmi les A » définit les cellules argumentatives de base, mais fournit aussi une bonne part du cheminement inférentiel global. Cependant, nous pouvons aussi utiliser des raisonnements qui ne se bornent pas à mettre en œuvre la relation entre normalités et exceptions, mais qui proposent des enchaînements plus ou moins prudents entre plusieurs relations de ce genre.

2.2. Les méta-règles d'inférence révisables

Par méta-règles, on entend simplement ici des règles qui nous disent comment enchaîner des prémisses et des conclusions qui sont elles-mêmes des règles d'inférence révisables, des relations entre normalités et exceptions.

Prenons un autre exemple de plaidoirie.

« Il est évident qu'Albina, chargé de 4,326 kg de cocaïne qui représentent une valeur que nous n'arrivons même pas à chiffrer tant les zéros vont par la suite s'accumuler dans sa tête lorsque la contrainte par corps s'exercera, voyage avec une fortune colossale. Albina voyage avec une fortune colossale. Albina est le pauvre type que vous avez bien voulu définir tout à l'heure car vous-même vous m'expliquez à quel point il était incohérent d'imaginer un seul instant qu'il se soit financé cette cocaïne et qu'il se soit financé son voyage. Albina, c'est le passeur type et je crois que s'il avait été plus coopératif, ce qu'on reproche en permanence de l'autre côté de la barre, eh bien Albina aurait expliqué ce qu'était le « passeur alimentaire » ; et quand il vous l'aurait bien expliqué, la défense aurait été vous dire qu'il faut que nous restions très modestes à Bobigny parce que nous

savons parfaitement bien que lorsqu'Albina est condamné, des dizaines et des dizaines de bras se lèvent en connaissant parfaitement bien les risques qui sont les leurs parce que, lorsqu'on doit manger, on est un bétail facile. Alors on vous a dit tout à l'heure qu'il faut que les passeurs disent ce qu'ils savent. Facile à dire, facile à dire dans une salle d'audience. Vous voulez qu'il vous dise quoi Albina ?

Il a été suivi du point de départ jusqu'au point d'arrivée parce qu'en aucun cas, qu'il soit au courant ou pas de ce qu'il transportait, on n'aurait pu prendre le risque un seul instant qu'il s'évanouisse dans la nature avec le chargement qui est le sien. C'est une évidence. C'est une évidence absolue. C'est une évidence qu'Albina n'avait pas la moindre marge de manœuvre et je le répète il est complètement libre de son système de défense, il est pétrifié, il est complètement paniqué, il s' imagine qu'il doit absolument vous dire qu'il ne savait pas qu'il s'agissait de cocaïne.

Mais entre nous il y aura aussi un problème, c'est qu'un jour ou l'autre un Albina sera dans le box, un Albina dira qu'il ne savait pas qu'il s'agissait de cocaïne et ce jour-là sera le bon parce qu'un jour effectivement il y en aura un qui transportait de la cocaïne sans le savoir. Ce qui est un tout petit peu gênant, c'est qu'à la limite ça pourrait être le mien aujourd'hui ; mais comme nous sommes les uns et les autres – je dis nous parce que nous aussi en défense nous sommes totalement intoxiqués par cette extraordinaire philosophie de l'aveu qui semble être aujourd'hui la philosophie sans laquelle la justice ne pourrait pas se rendre –, mais je me dis que même si aujourd'hui Albina était le bon Albina, celui qui transportait 4 kg sans le savoir, eh bien nous passerions à côté de la plaque parce que nous voulons absolument en définitive que les passeurs soient parfaitement au courant de ce qu'ils transportent. ...

Nous savons très bien qu'il ne s'agit pas d'un monde de tendres et si Albina n'a pas indiqué celui qui très certainement était derrière lui dans l'avion c'est de deux choses l'une. Nous avons soit affaire au bon Albina dont je vous disais tout à l'heure qu'un jour il apparaîtra obligatoirement et sera certes condamné. Et ça sera peut-être par manque d'éléments objectifs, une erreur judiciaire, mais dans le cas contraire, eh bien le passeur Albina a préféré se taire car le passeur Albina sait parfaitement bien que les gens qui sont de son espèce, les exploités du monde de la drogue, préfèrent se taire, être condamnés et payer pour ceux qui sont les grands bénéficiaires. Pour essayer de rehausser la philosophie générale de la lutte contre le trafic de stupéfiants, madame le procureur essayait de dire à la salle que « les grands sont parfois punis » ; ceux qui fréquentent votre salle savent qu'hélas les petits sont toujours punis et que le spectacle et la condamnation des grands est hélas un spectacle auquel on est fort peu habitué, à Bobigny et ailleurs. ».

L'argumentation peut être ainsi résumée : Albina est un passeur type ; le passeur normal ne dispose pas de l'argent suffisant pour organiser le trafic. Le passeur normal est manipulé et contrôlé. Il a peur donc il n'avoue pas. Ne pas avouer serait aussi le comportement normal du cas exceptionnel, de l'erreur judiciaire qui aurait transporté de la drogue sans le savoir. Mais le cas normal des accusés dans ce tribunal est celui du petit passeur, pas du grand trafiquant.

Le but de l'avocat semble donc être d'éviter que la forte quantité de drogue transportée fasse prendre Albina pour un trafiquant important, et d'évoquer la possibilité de l'erreur judiciaire. Le problème est qu'Albina n'avoue pas, ce qui peut être considéré comme un comportement de trafiquant endurci. Mais l'avocate fait alors le raisonnement suivant : « de ce qu'Albina n'avoue pas et qu'il est un passeur, on ne peut pas conclure qu'il est un trafiquant » ; « de ce qu'Albina n'avoue pas et qu'il n'est pas un passeur (cas de l'erreur judiciaire), on ne peut pas conclure qu'il est un trafiquant », donc, « de ce qu'Albina n'avoue pas, on ne peut pas conclure qu'il est un trafiquant ». Elle utilise donc la règle de « rationalité négative » ; à savoir : « si de a et c on ne peut inférer normalement b, et si de a et non-c on ne peut inférer normalement b, alors de a tout seul on ne peut inférer b ».

Cette règle n'aboutit qu'à une conclusion de portée assez faible. Ne pouvoir inférer (de manière révisable) b , ce n'est pas pouvoir inférer non- b , puisque l'inférence concluant à non- b implique que les b soient minoritaires, et que nous pourrions nous trouver dans le cas où les b ne sont ni majoritaires ni minoritaires.

Si, conclut l'avocate, de ce que « Albina est un accusé que va punir ce tribunal, on peut normalement inférer qu'il n'est pas un grand trafiquant, et de ce qu'il est un accusé que va punir ce tribunal, on ne peut normalement inférer qu'il soit une erreur judiciaire », alors, « de ce qu'il est un accusé que va punir ce tribunal et de ce qu'il n'est pas une erreur judiciaire, on peut normalement inférer qu'il n'est pas un grand trafiquant ». C'est là utiliser la règle de monotonie rationnelle : « si a implique normalement b , et que a n'implique pas normalement non- c , alors a et c impliquent normalement b ».

Voilà la structure argumentative de la plaidoirie. La structure rhétorique consiste évidemment à insérer une allusion à l'erreur judiciaire, exception certes, mais exception qui devrait rendre le tribunal plus prudent. A y regarder de près, cette allusion ne fait que renforcer l'inférence : « dans ce tribunal, la majorité des accusés sont de petits dealers, et les gros ne sont pas pris » (mais cette majorité pourrait ne pas être très élevée) ; et ce en ajoutant qu'il faut aussi prendre en compte, parmi ceux qui ne sont pas de grands trafiquants, ceux, exceptionnels, qui sont tout simplement innocents. Ce raisonnement est valide, même si ajouter à une majorité une minorité ne renforce que très faiblement cette majorité, et s'il reste toujours possible de tenir un autre raisonnement qui se concentrerait sur le comportement d'Albina, incapable de donner le nom de son manipulateur, et en inférerait qu'il n'existe pas de manipulateur et que, transportant une grande quantité de drogue, Albina est bel et bien un trafiquant. On se trouverait alors en face de deux conclusions révisables contradictoires, et il faudrait donc trouver des arguments supplémentaires pour renforcer l'argumentation qui conduit à l'une d'elle et affaiblir l'autre.

2. 3. Contexte, inférences révisables et analogie

Ces inférences révisables sont valides seulement dans un contexte. Mais faut-il définir le contexte comme le domaine dans lequel ces normalités ne rencontrent pas d'exceptions, ou bien faut-il considérer comme contexte le domaine dans lequel est valide cette relation entre normalités et exceptions ? Nous avons déjà vu, en analysant des articles du code civil portant sur les contrats et obligations, que le droit a choisi la seconde solution. Un contexte juridiquement qualifié, c'est un domaine dans lequel certaines normes sont valides, sauf exceptions, et ces exceptions font partie de la qualification du contexte. La condition nécessaire pour que le contexte soit considéré comme suffisamment stable est que des exceptions aux exceptions de premier degré redonnent sa validité à la norme.

Ce procédé de stabilisation d'un contexte n'est pas propre au seul droit. On peut penser le trouver aussi dans les raisonnements des historiens. Dans son ouvrage *Comment on écrit l'histoire*, Paul Veyne se posait cette question : « Pourquoi l'évergétisme se rencontre-t-il chez les Romains et pas chez les Florentins ? » A vrai dire, il avait lui-même forgé la notion d'évergétisme, mais sans entrer dans des polémiques, il s'agit du comportement de notables de la partie orientale de l'empire romain à la période hellénistique, qui avaient souvent amassé des

fortunes en bénéficiant de marchés publics ou en levant l'impôt, et qui redépen-saient une grande partie de ces fortunes en finançant la construction d'édifices publics, ou en organisant les jeux du cirque. Comme on retrouve à la renaissance florentine une division entre peuple et patriciens, on pourrait s'attendre à ce que les patriciens qui profitent aussi de collusions avec les affaires de la cité financent des divertissements ou des constructions publiques. Mais en fait ils financent des divertissements et des constructions privées. Si on veut faire de l'histoire comparée, on se doit de tenter d'expliquer cette différence.

Il faut d'abord savoir que la division entre plébéiens et patriciens n'a pas exactement le même statut à Florence qu'à Rome. A Florence, le peuple se méfie de ceux qui acquièrent trop de fortune et craint qu'ils ne portent atteinte à la démocratie de la cité. Les personnes fortunées courent donc le risque de se faire inscrire sur un registre peu attractif, celui des «*magnati*». Se voir affublé de ce titre implique de devoir se présenter régulièrement devant des juges pour faire la preuve de son attachement à la démocratie et au peuple de Florence. Et ceux qui sont qualifiés de «*grands*», s'ils sont condamnés dans un procès, voient leur peine augmentée par rapport à celle du citoyen normal. Avec le temps, les *magnati* ont peu à peu réussi à contourner ces obstacles et à acquérir une forte influence, si bien que dans les contestations entre grandes familles, le fait d'avoir été inscrit sur ce registre est devenu une preuve incontestable de grandeur : n'avait-on pas été grand déjà alors même que ce n'était pas un avantage ?

Pouvons-nous retrouver une notion de contexte proche de celle définie par le retour à la stabilité par le redoublement des exceptions, que nous trouvons dans le Code civil ? Proposons des règles de normalités. Partons de la situation florentine. «*Normalement, les magnati ne doivent pas faire de libéralités publiques*». Cette règle (RF) a une justification (JF) : «*si un magnat agissait de la sorte, il serait normal qu'il soit soupçonné par le peuple et les autres *magnati* de vouloir prendre le pouvoir*». Maintenant, il pourrait y avoir des exceptions, et il y en a eu (les Médicis). «*A supposer qu'un magnat ait déjà le pouvoir*» parce que le peuple le lui a conféré dans une situation de crise, «*il pourrait agir ainsi sans soulever de soupçon*». Cette exception florentine (EF) nous suggère ce qui pourrait avoir eu sens dans le contexte romain de l'orient hellénistique. La différence entre le pouvoir de l'empereur et celui des patriciens était la plupart du temps énorme. On peut donc imaginer une justification romaine (JR) du fait que le soupçon de type florentin n'y surgissait pas. «*Si un patricien fait des libéralités publiques, il n'est normalement pas suspecté de vouloir le pouvoir, parce que la différence entre son statut et celui de l'empereur est très grande*». C'est là une justification négative, et pour que l'évergétisme apparaisse, il faut aussi des justifications positives que nous n'analyserons pas. Mais la règle romaine correspondante (RR) est la suivante : «*les patriciens romains peuvent faire des libéralités publiques sans que normalement cela ne crée de problème*». Evidemment cette règle aussi a des exceptions. En particulier, (ER) : «*si le patricien est immensément riche et ses libéralités colossales, alors il sera suspecté de vouloir rivaliser avec le pouvoir*». Mais cette exception nous ramène précisément à la justification de la règle florentine.

Ainsi l'exception romaine renvoie à la justification de la règle normale florentine, alors que l'exception à la règle florentine renvoie à la justification de la règle normale romaine. Les deux contextes peuvent être dits stables relativement l'un à l'autre (et au problème dont la dénomination conventionnelle est celui de l'éver-

gétisme), parce que l'exception EF, une fois transformée en règle RR a elle-même une exception ER qui renvoie à la justification JF. On retrouve donc bien cette clôture de la double exception qui nous renvoie au contexte originel. Mais ici, la double exception appartient à un autre contexte, alors que dans le Code civil cette double exception dépendait du contexte initial. Cela nous montre d'une part que les deux contextes sont relatifs l'un à l'autre. On ne peut donc en toute rigueur parler de contexte florentin, mais seulement de contexte florentin relativement au contexte romain hellénistique, concernant le problème des libéralités publiques faites par des acteurs privés. Cela indique d'autre part les limites et l'intérêt des analogies ou des comparaisons entre périodes différentes (on rappellera à l'historien qui veut n'être spécialiste que d'une période qu'il appartient lui-même à une autre période et que pour s'éviter de projeter ses propres préconceptions sur la période passée, il doit justement se demander ce qui est différent et ce qui est similaire entre les conceptions du passé et les siennes propres).

Les contextes sont définis par leurs différences entre eux, mais aussi par la stabilité de ces différences, qui fait que parfois en différant du différent on peut retrouver le même. Les analogies entre ces contextes ne consistent donc pas à constater des similitudes entre eux. Au contraire, on commence par constater des différences (ce qui est normal dans un contexte est exceptionnel dans un autre), on change de régime de normalité, mais on s'assure qu'on peut refaire le chemin à l'inverse, et qu'une nouvelle exception nous renvoie sur la première normalité. Alors que l'analogie aristotélicienne exige qu'un même rapport existe entre des termes pris deux à deux dans deux contextes différents, ici le rapport entre normalité et exception est au mieux inverse d'un contexte à l'autre, et le plus souvent il est simplement différent. Il suffit qu'à une différence prise dans un sens corresponde une différence prise dans l'autre, que les deux contextes diffèrent mais aussi communiquent dans les deux sens.

2. 4. Quand les décisions juridiques proposent des principes d'argumentation

Nous venons de montrer que le système de la double exception était aussi utilisé en dehors du droit, dans les raisonnements de l'histoire comparée, à seule fin de stabiliser des contextes dans leurs différences, comme dans leurs analogies. Revenons pour finir au domaine juridique, pour analyser un des arrêts de la Cour Européenne. Nous avons dit qu'elle introduisait un nouveau type de justification des décisions juridiques, puisqu'elle se donne la peine de résumer les arguments des différentes parties et d'argumenter sa propre décision en fonction de ces arguments et de leur validité juridique. Il s'agit de l'arrêt concernant le monopole d'Electricité de France sur le réseau français, et particulièrement sur les importations et exportations d'électricité (ce monopole comporte en effet des exceptions pour la production, certaines grosses entreprises pouvant produire leur propre énergie, mais il n'en comporte pas pour la vente et l'achat d'énergie électrique à l'étranger).

Un argument de la commission européenne (qui était le plaignant) contre EDF est que l'article 37 du Traité stipule que l'on doit exclure toute discrimination entre les ressortissants des Etats membres de la communauté européenne, et que ce droit exclusif d'importation prive bien les autres Etats membres et leurs ressortissants d'une opportunité économique. Mais l'article 90, en interdisant aux Etats « en ce

qui concerne les entreprises auxquelles il accorde des droits spéciaux et exclusifs, d'édicter des mesures contraignantes au Traité » présuppose donc qu'il soit possible aux Etats d'accorder des droits exclusifs. Ils ne le peuvent que dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à l'entreprise ne peut être assurée que par l'octroi de tels droits exclusifs. En ce qui concerne EDF, cette mission particulière est la fourniture ininterrompue d'électricité à tous les consommateurs, et elle relève d'une mission d'intérêt économique général.

La commission développe une double ligne d'arguments. D'une part, le monopole est en contravention avec l'article 37. D'autre part, il n'assure pas que le consommateur paie son électricité au prix le plus faible, parce qu'il n'assure pas que l'entreprise soit d'une efficacité économique optimale.

La cour relève que si un Etat (ici, la France) donne à une entreprise un statut d'exception, il doit le justifier par la mission particulière qu'il lui confie (en conformité avec l'article 90). Mais contre la commission, elle précise que l'Etat en question n'a pas pour autant la charge de prouver de manière positive qu'aucune autre mesure hypothétique imaginable n'aurait pu permettre la réalisation de cette mission particulière, mais seulement, de manière négative, que telle situation envisagée (ici, la privatisation des réseaux d'approvisionnement d'énergie fondés sur des accords internationaux) mettrait en danger l'accomplissement de cette mission. C'est inversement à la commission, au plaignant, de démontrer comment un développement des échanges en énergie aurait été possible en l'absence d'une politique d'accords internationaux permettant la construction de grands réseaux. La Cour déboute donc la commission de sa plainte.

On retrouve ici, évidemment, des traits d'autres attendus juridiques : la référence à des articles de droit, et le refus de la cour d'entrer dans des considérations techniques sur ce que serait l'optimalité économique, donc le refus du droit de se soumettre au simple calcul économique.

Mais on voit aussi se mettre en place certains principes de l'argumentation juridique, en l'occurrence du traitement des exceptions. Un principe est bien connu : c'est à celui qui prétend jouir d'une exception par rapport au droit commun d'apporter la justification de cette prétention. En ce sens, la charge de la preuve revient d'abord à la France, puisqu'elle prétend faire bénéficier EDF d'un monopole. Mais ces attendus dégagent un autre principe, bien plus raffiné, et que nous nommerons le principe de normalisation. Tentons d'exposer ses fondements.

Pour justifier une exception, il n'est pas nécessaire de faire la preuve qu'aucune autre solution n'était possible. Un retour à la sémantique de la logique des normalités et des exceptions permettra de mieux justifier ce point et les suivants. Si nous considérons que dans l'ensemble des A, les non B sont des exceptions, cela veut dire, inversement, que nous disposons d'une sorte de distance et que si nous prenons les plus normaux des A, ce seront des B. Mais nous n'exigeons pas pour autant de sélectionner ni le plus normal des A, ni même *les plus* normaux. Il nous suffit mais il faut que la partie des A qui sont des non B ne soit pas, elle, considérée comme la plus normale parmi les A, sans quoi cela voudrait dire qu'en fait ce sont les non-B qui sont plus normaux que les B parmi les A (il faut encore, à vrai dire, que cette partie des A qui sont des non-B ne soit pas non plus considérée comme du domaine du « ni...ni », ni la plus exceptionnelle ni la plus normale). De même, pour prétendre qu'une exception est réalisée, que nous sommes parmi ces non-B qui sont cependant des A, nous n'exigeons pas de choisir le ou les non-B qui sont les

moins normaux des A. Il nous suffit que ces non-B ne fassent pas partie de la majorité des A (ni de ce dont on ne sait pas si cela fait partie de la majorité ou de la minorité). Nous pourrions nommer cette exigence modérée *principe de normalisation* du rapport normalité/exception. Nous ne recherchons ni les plus normaux des normaux ni les plus exceptionnels des exceptionnels. L'opposé du principe de normalisation est donc un *principe d'extremum*.

Si l'on suivait l'argument de la commission, la France aurait dû appliquer un principe d'extremum. Non seulement elle devait s'assurer que l'EDF remplissait bien une mission particulière et d'intérêt général, mais elle aurait dû s'assurer qu'il n'existait pas de meilleur moyen, autre que le monopole et les accords de réseaux internationaux, de remplir cette mission. La cour réplique qu'un principe de normalisation suffit. La France a supposé que ce monopole et ces accords permettaient de remplir cette mission, ils le permettent effectivement, et donc l'Etat a bien fourni la preuve qu'on pouvait se situer dans l'exception (la mission particulière). La charge de la preuve est donc maintenant inversée. C'est à ceux qui prétendent que cette exception n'est pas justifiée de montrer que la suppression des réseaux monopolistiques permettrait encore de réaliser cette mission. La tâche est plus ardue, puisqu'on impose à ceux qui récusent une exception justifiée (selon l'exigence modérée du principe de normalisation) de montrer que ce qui n'est pas exceptionnel (le normal) peut faire non seulement aussi bien mais *mieux* que l'exception. On doit donc se situer dans la zone du normal qui est la plus proche de l'exception. La notion de distance imposée est donc bien plus riche et contraignante. Le principe de normalisation n'empêche donc pas de récuser une exception modérément justifiée, mais il exige alors une sélection à l'intérieur du normal bien plus drastique que celle qui avait permis de justifier l'exception.

CONCLUSION

On voit finalement que le juriste n'a pas à craindre que le théoricien de l'argumentation ne vienne lui imposer des règles qui lui dicteraient ses décisions. Le type de logique qui permet de mieux comprendre et d'explicitier les règles immanentes qui guident le juge dans le choix de telle norme plutôt que de telle autre est trop souple pour cela. Cette flexibilité lui donne un grand pouvoir descriptif, mais affaiblit dans une proportion inverse son pouvoir normatif. Les juges et les cours ont donc toute latitude pour choisir non seulement telle décision, mais telle voie argumentative pour justifier cette décision. L'inventivité de l'argumentation proprement juridique, même en restant dans le cadre d'une conception positive, permet même de faire émerger des principes généraux d'argumentation auxquels le théoricien de l'argumentation n'aurait pas immédiatement songé. Il peut simplement se féliciter que certaines cours et non des moindres préfèrent expliciter les détours de l'argumentation au lieu d'en esquisser les pistes de manière elliptique, mais c'est là simplement une affaire de sensibilité juridique, et les arguments sont toujours présents derrière chaque décision juridique, même si l'impératif pragmatique de mettre un terme aux conflits donne au droit une autorité qui surpasse en effectivité celle de l'argumentation.